

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ

BÁRBARA DANNYELLE APARECIDA ROCHA PAZ

DAS (DIS) FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA RELAÇÃO  
COM A REINTEGRAÇÃO DO CONDENADO

Biblioteca UESPI PHB  
Registro Nº M.1046  
CDD 341.5  
CUTTER P3484  
V \_\_\_\_\_ EX. 01  
Data 11 / 06 / 13  
Visto [assinatura]

PARNAÍBA - PI

2013

**BÁRBARA DANNYELLE APARECIDA ROCHA PAZ**

**DAS (DIS) FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA RELAÇÃO  
COM A REINTEGRAÇÃO DO CONDENADO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mariano José Martins Lopes.

**PARNAÍBA**

**2013**

P348f

Paz, Bárbara Dannyelle Aparecida Rocha

Das (Dis) funções da pena privativa de liberdade e sua relação com a reintegração do condenado/Bárbara Dannyelle Aparecida Rocha Paz.- Parnaíba: UESPI,2013.

33f.

Orientador:Mariano José Martins Lopes

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2013.

1. Desvirtuando2. Pena 3. Prisão4. RessocializaçãoI.Lopes, Mariano José MartinsII. Universidade Estadual doPiauí III. Título

CDD 341.5

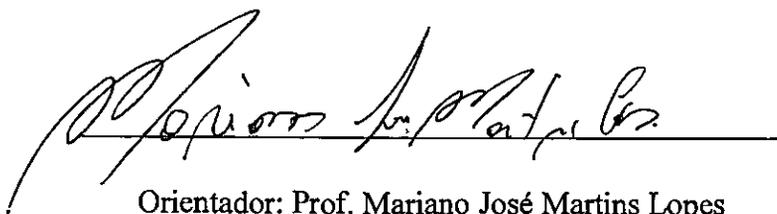
**BÁRBARA DANNYELLE APARECIDA ROCHA PAZ**

**DAS (DIS) FUNÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA RELAÇÃO  
COM A REINTEGRAÇÃO DO CONDENADO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Estadual do Piauí, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mariano José Martins Lopes.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

  
Orientador: Prof. Mariano José Martins Lopes

\_\_\_\_\_  
Examinador Externo

\_\_\_\_\_  
Examinador Interno

"A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração".

Thomas Jefferson

## **RESUMO**

Este trabalho procurou identificar e acompanhar algumas das principais dimensões do deslizamento no campo das políticas de combate à criminalidade, com ênfase na famigerada crise do sistema penitenciário, que utiliza a prisão como centro das atuais estratégias de controle social. Desvirtuando assim, a função da pena privativa de liberdade, e como consequência, representa óbice para a ressocialização do condenado. Assim, a presente monografia pretende, por meio de um estudo interdisciplinar e de pesquisa bibliográfica, demonstrar que a pena, na atual realidade brasileira, foge de seu objetivo de reeducação e prevenção, perdendo, dessa forma, sua razão de existir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desvirtuando. Penas. Ressocialização.

## **ABSTRACT**

This study sought to identify and track some of the main dimensions of the slip in the field of policies to fight crime, with emphasis on the notorious penitentiary system, which uses prison as a center of the current strategies of social control, thus distorting the function of penalty deprivation of liberty, and as a result represents an obstacle to the rehabilitation of the offender. Thus, these theses aim, through an interdisciplinary study of literature and demonstrate that the pen, the current Brazilian reality, flees his goal of rehabilitation and prevention, losing thereby its reason to exist.

**KEYWORDS:** Distorting. Feathers. Resocialization.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I - CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA .....	10
1.1 Vingança Privada.....	11
1.2 Vingança Divina.....	12
1.3 Vingança Pública.....	13
1.4 Período Humanitário .....	14
1.4.1 A Escola de Direito Natural .....	15
1.4.2 Escola Clássica .....	15
1.5 Período Científico.....	16
1.5.1 Determinismo .....	16
1.5.2 Os Evangelistas e a Escola Positiva .....	17
1.6 Nova Defesa Social .....	18
CAPÍTULO II - PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PENA.....	19
2.1 Princípio da Legalidade.....	19
2.2 Princípio da Proibição de Pena Indigna.....	21
2.3 Princípio da Humanidade .....	21
2.4 Princípio da Proporcionalidade .....	21
2.5 Princípio da Pessoalidade da Pena .....	22
2.6 Princípio da Individualização da Pena .....	22
CAPÍTULO III - TEORIAS SOBRE A FINALIDADE DA PENA .....	25
3.1 Teorias Absolutas .....	25

3.2 Teorias Relativas .....	26
3.3 Prevenção Geral.....	27
3.3.1 Prevenção Especial.....	27
3.4 Teoria mista ou unificadora da pena .....	27
<b>CAPÍTULO IV - A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RESSOCIALIZAÇÃO.....</b>	<b>29</b>
4.1 A Função Estatal (vigiar, punir e educar).....	30
4.2 A Criminologia a Serviço da Comunidade.....	30
4.3 O debate da ressocialização .....	31
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>35</b>

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Brasil é o país com maior número de encarcerados em toda a América Latina. Segundo o censo penitenciário de 1997, divulgado oficialmente em 1999, são 170.000 presos espalhados em 512 prisões. As principais características que permeiam o cumprimento das penas destes milhares de encarcerados são: condições físicas muito precárias na maioria das instalações; acentuada superpopulação (mais ou menos quarenta presos em celas com estrutura para seis ou oito homens em algumas delegacias); violência institucionalizada (incluindo tortura em muitas das instalações policiais); atenção médica legal inadequada; falta de oportunidade de trabalho e estudo, etc.

Ademais, doutrinariamente, temos as mais variadas explicações sobre a legitimidade e os fins da pena privativa de liberdade, tais como as teorias absolutas (fins retributivos), relativas (fins preventivos), mistas (englobam tanto os fins retributivos como também os preventivos) e mais modernamente os que veem e defendem a pena privativa de liberdade apenas pelo seu caráter incapacitatório ou inocuizador. Platão a definia como medicina da alma.

No polo oposto, existem os que pregam a total falência da pena de prisão, e por via de consequência, a falência do Direito Penal como um todo, pugnando assim pela sua total abolição.

Como certeza, apenas uma: o intenso crescimento da criminalidade - seja através de novas formas de delinquir, seja através de novos criminosos - o que coloca em dúvida os paradigmas adotados pelos sistemas de controle social, mais precisamente pelo sistema repressivo penal no combate a tal doença que está infectando a sociedade de forma epidêmica.

Logo, em razão do atual contexto sócio-político-cultural brasileiro, nada mais óbvio do que nos questionarmos: O que é pena? Por que se pune? Quais os fins da pena? Quais os efeitos por ela produzidos? Enfim, qual o seu custo-benefício? Pune-se para prevenir que futuros delitos venham a ser cometidos (prevenção geral) ou para evitar que sejam novamente cometidos por quem já os praticou (prevenção especial), ou simplesmente para retribuir, com sofrimento, o mal causado pelo delinquentes? Ou seja, a pena é fim em si mesmo ou corresponde a uma finalidade? Eis as questões vitais que devem direcionar um debate acerca da atual crise de legitimidade pela qual passa a pena de prisão.

O presente trabalho objetiva - inicialmente através de uma abordagem histórica e posteriormente através de abordagens doutrinária e empírica - investigar as verdadeiras

funções da pena privativa de liberdade, assim como o alcance real destas, e dentro do possível amenizar as dúvidas originadas dos questionamentos supramencionados.

## CAPÍTULO I

### CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Devido a constante necessidade, em todas as épocas e culturas, de repressão as condutas reprováveis socialmente, deu-se origem à pena e ao Direito Penal. A pena é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal. É uma resposta à criminalidade. Um Estado Constitucional de Direito deve ponderar a aplicação da pena com o fim a que se almeja, repressão e prevenção de delitos, sem, contudo, confrontar direitos e garantias fundamentais.

Para Aníbal Bruno, “pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”.<sup>1</sup> Para Franz Von Liszt, “a pena é um mal imposto pelo juiz penal ao delinquente, em virtude do delito, para expressar a reprovação social em relação ao ato e ao autor”.<sup>2</sup>

Didaticamente, optamos por trabalhar com o conceito de pena instruído com maestria por De Plácido e Silva: “expição ou castigo estabelecido pela lei, com o intuito de prevenir e de reprimir a prática de qualquer ato ou omissão de fato que atente contra a ordem social, o qual seja qualificado como crime ou contravenção”.<sup>3</sup>

Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer do fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden.<sup>4</sup>

Com a criação do Estado, o homem teve que adotar um sistema de aplicação de penas, a fim de garantir o cumprimento de suas normas que foram elaboradas para garantir o controle e a paz social.

Existem controvérsias no que diz respeito à origem da palavra pena. Para uns veio do latim *poena*, significando castigo, expiação, suplício, ou ainda *punre* (por) e *pondus* (peso), no sentido de contrabalançar, pesar, em dar o equilíbrio dos pratos que deve ter a

<sup>1</sup> ANIBAL BRUNO, Apud. SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002 – p. 182.

<sup>2</sup> VON LISZT, Franz. Apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In *Teoria da Pena*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p.181.

<sup>3</sup> SILVA, De Plácido e. In *Vocabulário Jurídico*. 18ª Edição. Editora Forense. 2001. p. 596/597

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p.9.

balança da Justiça. Para outros teria origem grega, e há os que acham sua origem na lei das XII Tábuas, e por fim, os que alegavam o surgimento da palavra devido à sentença na época ser escrita pelo julgador com a pena do animal pavão.<sup>5</sup>

A história das penas se confunde com a própria história do Direito Penal. Desde os primórdios, a pena tem sido um instrumento fundamental para manter a harmonia dentro dos grupos sociais, evitando comportamentos contrários aos preceitos adotados nas sociedades.

Nesse contexto, convém falarmos sobre os seis períodos pelos quais a pena atravessou: a vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitária, científico, nova defesa social.

### 1.1 Vingança Privada

Esse período da história da humanidade perdurou desde a origem do homem até final do século XVIII. Evidencia-se que desde o início de sua existência, o homem procurou viver em coletividade, convivendo com seus semelhantes em cavernas, tribos, glebas, aldeias, como também em outros meios sociais.

Dessa forma, naturalmente, as populações começaram a crescer e conseqüentemente, passaram a existir conflitos de interesses dentro dos grupos sociais. É dado início ao período da vingança privada, onde as classes se distinguem entre os que mandam, através da força, e os que obedecem, através do medo.

A falta de estruturação da própria sociedade primitiva, sem a existência de princípios que regessem a convivência humana, somado aos dogmas de fé, favoreceu o ambiente de desproporcionalidade entre a ofensa do agressor e a resposta do ofendido, sendo atingindo não só o agressor, mas também todo o seu grupo.

O condenado poderia também ser punido com “a perda da paz”, resumindo-se na sua expulsão da tribo, sem qualquer utensílio para o auxílio da sua defesa, ficando dessa forma à míngua dos animais na floresta. Desçaca-se que seu patrimônio também era atingido.<sup>6</sup>

Nesse período, surgem dois momentos marcantes, concebidos como uma normatização embrionária, que são o Código de Talião, onde a máxima era “olho por olho,

<sup>5</sup> TELES, Cinthia Marins; SÉLLOS, Cláudia de Lima e; SANTOS, Nivaldo dos. **A origem da aplicação da pena.** Disponível em < [http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC\\_2004/trabalhos/inic/pdf/IC6-120R.pdf](http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2004/trabalhos/inic/pdf/IC6-120R.pdf)>. Acesso em: 04 fev. 2013, 21:40.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**, 1984, p.3-4.

dente por dente” e a fase da Composição, onde aquele que tinha meios para ressarcir o mal causado, ficaria livre de um castigo contra si.

A prática da lei de Talião, foi adotada pelo Código de Hamurabi (século XXIII a C.), na Babilônia, pela legislação hebraica (Êxodo) e pela Lei das XII Tábuas, em Roma.

Embora se diga, comumente, pena de talião, esta não se tratava propriamente de uma pena, mas de um instrumento moderador da pena. O talião consistia em aplicar ao delincente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção.<sup>7</sup>

A composição teve grande aceitação no Direito Germânico, consistia na reparação do dano pelo agressor à vítima ou a sua família, através do pagamento em moedas, gado, armas, bem como outras formas de quitação. Assim, podemos considerá-la a origem remota das indenizações cíveis e da multa como sanção penal.

Em síntese, podemos classificar o período da vingança privada como o mais cruel e injusto da história das penas, uma vez que se aplicava ao infrator a sanção que o ofendido achava conveniente, até a satisfação total da “honra ferida” com a atitude do delincente.

## 1.2 Vingança Divina

O Direito, dos primeiros tempos, era permeado pelos princípios religiosos, em outras palavras, a religião era o próprio Direito, posto e imbuído de espírito místico, logo, o delito era uma ofensa a divindade que, por sua vez ultrajada, atingia a sociedade inteira.<sup>8</sup>

O caráter predominantemente místico dessa época atribuía aos sacerdotes a legitimidade de punir os infratores, já que eram mandatários dos deuses, encarregados da justiça.

A aplicação da pena era determinada pelos religiosos, já que seus atos de vontade eram divinos, mensageiros diretos de Deus, com a incumbência de satisfazer a divindade.

Sobre esse pretexto, os criminosos sofreram sanções extremamente desumanas, conforme relata Cezar Roberto Bitencourt<sup>9</sup>:

[...] tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a

<sup>7</sup> CANTO, Dilton Á. **Regime inicial de cumprimento de pena reclusiva ao reincidente**. 2000. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC), p.8.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**, 1984, p.25.

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 2006, p. 36.

intimidação. Pode-se destacar como legislação típica dessa fase o Código de Manu, embora legislações com estas características tenham sido adotadas no *Egito* (Cinco Livros), na *China* (Livro das Cinco Penas), na *Pérsia* (Avesto), em *Israel* (Pentateuco), e na Babilônia.

Dessa forma, vemos que o combate à criminalidade era feito através da intimidação, já que se acreditava que a ofensa criminosa era contra os próprios deuses e o perdão do ato correspondia ao tamanho da pena. Assim, quanto maior a punição, maior era o alcance do perdão divino.

### 1.3 Vingança Pública

No período da vingança pública, o ofendido não é mais o agente da punição, ou o sacerdote, e sim o monarca, representante dos interesses da comunidade. O Estado, cada vez mais forte, adquire a atribuição de executor da pena.

Nessa fase desapareceu a figura da vítima, assim como das tribos para a aplicação das penas aos delinquentes, sendo nomeado uma única autoridade (Estado), para que pudesse cuidar da execução dessas penalidades. Ressalte-se que se perdeu a figura religiosa da pena, passando-se a ser absolutamente política. Tal perspectiva foi observada através da modalidade de composição, que à época da vingança privada era facultativa, e que passou a ser, neste período, obrigatória. Além disso, as penas passaram a ser acompanhadas de castigos acessórios como a perda da paz, que era procedido pela exposição e pela marcação de ferrete.<sup>10</sup>

Neste período, surgiram os suplícios corporais. Pessoas eram esquartejadas, marcadas a ferro quente, dentre outros castigos cruéis. A pena era aplicada em praça pública, para que todos pudessem ver o que acontecia a quem praticasse um crime.<sup>11</sup>

As penas tinham o propósito de mutilar o condenado, confiscar seus bens e extrapolar a pena até os familiares do infrator. Claramente, o transgressor, bem como sua família, eram humilhados e maltratados.

Embora as penas fossem severas, o número de crimes estava cada vez maior, ou seja, a pena de morte e a execução pública, não obtinham resultados. Neste contexto, o

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*, 1984, p.15-16.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*, 1984, p.36.

carrasco, que executava pessoas diariamente, passou a ser visto pelo povo, como um criminoso, ao passo que o suplicado passou a ser vítima e objeto de piedade.<sup>12</sup>

Os períodos conhecidos como da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública, constituíram o Direito Penal primitivo, cujas mais fortes características eram as penas corporais, extremamente cruéis, comumente a pena de morte e as infamantes, que ofendiam a honra do condenado e o cobriam de humilhação e aviltamento, ambas desproporcionais, não sendo utilizada, via de regra, a pena privativa de liberdade.<sup>13</sup>

#### 1.4 Período Humanitário

Na segunda metade do século XVIII, a visão sobre o suplício apresentava-se não mais de forma agradável, muito pelo contrário, surgiram movimentos de protestos formados por juristas, magistrados, parlamentares, filósofos, legisladores e técnicos de direito que pregavam a moderação das punições e sua proporcionalidade com o crime.<sup>14</sup>

Ressalte-se que, nessa época, com a melhoria do nível de vida da população, e, por conseguinte, um aumento no número de crimes contra o patrimônio, surgiu a segurança pública através do policiamento.

Segundo Foucault<sup>15</sup>, naquela época o Estado começou a notar que em razão do aumento expressivo da prática de crimes de diversas naturezas, não mais adiantava a simples aplicação de penas severas. Constatou-se que ao executar um apenado, a sociedade tinha prejuízo do ponto de vista econômico. Por isso, os criminosos passaram a prestar trabalho ao Estado e, dessa forma, satisfazer as necessidades da sociedade.

Essa fase foi marcada pela atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas. Pregava-se a reforma das leis e da administração da justiça penal. Autores como Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D'Alembert foram os basilares do movimento, construindo e divulgando suas teorias. Porém, o grande destaque é o economista e criminalista italiano Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, com a obra *Dei delitti e delle pene*, cujos princípios renovaram e abrandaram o sistema penal, despertando a consciência pública contra as vergonhosas atrocidades do suplício.

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p.14.

<sup>13</sup> GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 03 de novembro de 2008.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*, 1984, p.42.

<sup>15</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p.16-17.

Nesse período ocorre a ascensão da pena privativa de liberdade, motivada pelo declínio do estado absolutista- caracterizado pela vinculação entre o Estado e o soberano e entre este e Deus - e pela omissão existente das autoridades - para com certos delitos praticados pela burguesia emergente.

A Revolução que Beccaria provocou é destacada por Cezar Roberto Bitencourt<sup>16</sup>:

Suas ideias foram quase literalmente implantadas pelo primeiro Código Penal da França, adotado pela Assembleia Constituinte de 1791. Reduziu-se muito a quantidade de delitos sancionados com a pena de morte, aboliram-se as penas corporais e introduziu-se a pena privativa de liberdade para muitos delitos graves.

Uma nova forma de executar sanções nasce atrelada ao surgimento das garantias inerentes ao ser humano.

#### **1.4.1 A Escola de Direito Natural**

A Escola de Direito Natural, criada entre os séculos XVI e XVIII, denominada de fase racionalista, com os pensadores Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Rousseau e Kant, propagou o Direito Natural como eterno, imutável e universal.

A corrente dos que comungavam das mesmas ideias recebeu o nome de jusnaturalismo e prolonga-se até os dias de hoje.

Os princípios que compõem o jusnaturalismo, segundo seus adeptos, integram a ordem jurídica pela simples compreensão do legislador. Tais fundamentos estabelecem um elo existente entre o Direito Natural e o Direito Penal, como se pode apreender dos bens jurídicos tutelados pela Escola: vida, liberdade, participação social, segurança, etc.

#### **1.4.2 Escola Clássica**

A Escola Clássica era formada por um conjunto de escritores, pensadores, filósofos e doutrinadores que adotaram as teses e ideais iluministas, expostas precipuamente por Beccaria. Dentre elas, a concepção do Direito Penal como um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas.

---

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**, p. 43.

Destacaram-se três juristas, os quais podem ser considerados os iniciadores da Escola Clássica: Gian Domenico Romagnosi (na Itália), Jeremias Bentham (na Inglaterra) e Anselmo Von Feuerbach (na Alemanha).

No pensamento clássico, Francisco Carrara (1859, pág.107) sustenta que:

O delito é um ente jurídico, constituído pela força física (dano causado pelo crime à sociedade) e força moral (vontade livre e consciente do delinvente em praticar ou fazer parte do delito). Tal atribuição tem como finalidade a realização de um ideal de justiça (teoria absoluta da pena).

Assim, podemos distinguir a ideologia clássica em filosófica ou teórica, com destaque para Beccaria, e jurídico ou prático, liderado por Francisco Carrara, o mestre de Pisa.

Ainda nessa fase, foram propaladas e distinguidas as teorias da finalidade da pena em: absoluta (pena como exigência de justiça), relativa (pena com fim prático, de prevenção geral e especial) e mista (pena útil e com o fim de justiça).

## **1.5 Período Científico**

Esta fase inicia-se no século XIX, influenciando por uma doutrina da época: a filosofia determinista. Segundo a mesma, todos os fenômenos do universo, abrangendo a natureza, a sociedade e a história, estão subordinados as leis e as causas necessárias.

Neste período, teve início a busca pelos motivos que levam o homem a delinquir e o delito passa a ser considerado como um fato individual e social, e a pena passa a ser vista como um remédio, e não como um castigo.

César Lombroso modificou os rumos do campo penal após o período humanitário, sendo o pai da Antropologia Criminal. Ferri e Garófalo também merecem destaque com a Sociologia Criminal e a Criminologia, respectivamente. Além disso, ressaltou-se a influência do determinismo e da Escola Positivista sobre o período criminológico.

### **1.5.1 Determinismo**

Ficou a critério de Laplace a formulação conceitual mais ampla do determinismo, corrente esta que, conforme a visão "Laplaciana", corresponde ao "caráter de uma ordem de

fatos na qual cada elemento depende de outros, de tal modo que se pode prevê-lo, provocá-lo ou controlá-lo segundo se conhece, provoque ou controle a ocorrência desses outros".

Assim, tanto o delito, quanto o fato jurídico, deveria também obedecer esta correlação determinista, já que por trás do crime haveria sempre razões suficientes que o determinavam.<sup>17</sup>

### 1.5.2 Os Evangelistas e a Escola Positiva

Sob a influência do pensamento positivista, no campo da filosofia de Augusto Comte, das teorias evolucionistas de Darwin e Lamark, das idéias de John Stuart e Spencer, surge a denominada Escola Positiva. O positivismo é um sistema filosófico de Comte que se baseia nos fatos e na experiência, repudiando tudo o que é metafísico e sobrenatural. Para os positivistas, o Direito era o resultado da vida em sociedade e estava sujeito a variações decorrentes do tempo e do espaço, conforme a lei da evolução. Tal percepção apresentou três grandes fases:

a) fase antropológica: Cesare Lombroso (*O Homem delinquente*, 1876) – o homem se torna criminoso por apresentar determinada anomalia anatômica, fisiológica e psicológica. Defendia a existência de um criminoso nato que, ao portar tais anomalias, possuía um destino implacável de cometer delitos, caso as condições fossem favoráveis.

b) fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia Criminal*, 1892) – negação do livre-arbítrio (determinismo biológico-social). Não há vontade humana. Os pensamentos, o querer, não são mais do que manifestações físicas de um processo físico-psicológico, sendo o homem um irresponsável. Ressaltou a importância do trinômio causal do delito: fatores antropológicos, físicos e sociais.

c) fase jurídica: Rafael Garófalo (*Criminologia*, 1885) – opera a sistematização jurídica da escola. Garófalo sistematizou e divulgou o pensamento positivista, suavizando extremismos doutrinários. Realizou estudos sobre o delito, o delinquente e a pena.

Destarte, a pena deveria exercer uma função de defesa da sociedade, que foi expressa por intermédio das teorias relativas da pena.

---

<sup>17</sup> PACHECO, Eliana Descovi. **Evolução histórica do Direito Penal**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>.

## 1.6 Nova Defesa Social

Com a Segunda Guerra Mundial o período científico termina e inicia o período atual: Neodefensismo ou Nova Defesa Social, que busca a conscientização e valorização do ser humano, para o alcance de uma sociedade digna para com os valores sociais e inerentes a todo ser humano, independente de sua raça, cor ou credo, com o objetivo de dar ao delinquente o direito de ressocialização e integração social, restabelecendo a dignidade humana e protegendo os direitos humanos, bem como a toda a sociedade.<sup>18</sup>

A Nova Defesa Social não é, como pensam muitos, uma escola penal, mas um movimento permanentemente dinâmico e propagador das novas ideias que surgem em torno dos problemas criminais, enfocando uma política criminal garantidora do respeito aos direitos humanos.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> . TELES, Cinthia Marins; SÉLLOS, Cláudia de Lima e; SANTOS, Nivaldo dos. **A origem da aplicação da pena**. Disponível em: <http://www.scielo.org>.

<sup>19</sup> HERREIRA, Aparecida da Silva. **Nova Defesa Social**. Disponível em: <http://revistas.unipar.br>.

## CAPÍTULO II

### PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PENA

Num sistema em que há rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Kelsen, é a “mãe” de todas as normas. Todas as normas consideradas inferiores nela vão buscar sua fonte de validade. Não podem, portanto, contrariá-la, sob pena de serem expurgadas de nosso ordenamento jurídico, em face do vício de constitucionalidade.<sup>20</sup>

Nesse sentido, Ferrajoli<sup>21</sup> aduz que: o “garantismo- entendido no sentido do *Estado Constitucional de Direito*, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”, e distingue as garantias em duas grandes classes:

As garantias primárias e as secundárias. As garantias primárias são os limites e vínculos normativos- ou seja, as proibições e obrigações, formais e substanciais- impostos, na tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder. As garantias secundárias são as diversas formas de reparação- a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos- subsequentes às violações das garantias primárias.

Acreditando na teoria garantista, que prega a intervenção do Direito Penal com as máximas garantias, e seguindo o posicionamento da maioria da doutrina, que se filia a esse entendimento, faz-se indispensável à explanação dos princípios constitucionais relacionados à pena, já que são limites ao *jus puniendi* do Estado.

#### 2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se expresso no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal, assim descrito: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

<sup>20</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, p. 10.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 132.

Ao longo da história o homem buscou um princípio que controlasse a punição penal por parte do Estado, evitando-se assim, abusos nas punições, arbitrariedades, sua criação é fruto de longo desenvolvimento histórico-cultural marcado em muito pelo iluminismo, que constitui divisor de águas entre o Estado Constitucional e o Estado absolutista.<sup>22</sup>

Dessa forma, o princípio retromencionado apresenta-se como a base do Direito Penal, representação máxima de um Estado Democrático de Direito, salvaguarda dos direitos e liberdades individuais através de uma lei penal clara, exata e precisa que tipifica somente condutas lesivas a bens jurídicos. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal.

Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.<sup>23</sup>

Pelo exposto, o princípio da legalidade é de fundamental importância, denominado de “função de garantia penal”, se desdobrando em quatro funções:

A) Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), por essa premissa afirma-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o.

B) Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), estabelecendo que a fonte de conhecimento imediata do Direito Penal é a lei. Sem ela não se pode proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção.

C) Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), que veda a analogia “*in mala partem*” para criar hipóteses que venham a prejudicar de alguma forma o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, etc. Se o fato não foi expressamente previsto pelo legislador não cabe ao intérprete fazê-lo.

D) Proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), veda leis penais indeterminadas, pois os tipos penais devem ter a máxima precisão

<sup>22</sup> CARLOMAGNO, Fernando. **Princípio da legalidade ou da reserva legal**. 2008, Disponível em: <http://www.advogado.adv.br>.

<sup>23</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. P.95.

em seus elementos, não contendo conceitos vagos ou imprecisos, devendo existir a “taxatividade”.<sup>24</sup>

## 2.2 Princípio da Proibição de Pena Indigna

O princípio da dignidade constitui o denominador comum de todos os demais princípios limitadores do *ius puniendi* assim como do próprio modelo de Estado que adotamos (Estado constitucional e democrático de Direito – CF, art. 1º, III). Consoante o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o valor-síntese desse modelo de Estado, ao ser humano (só pelo fato de existir) é conferida uma série de direitos e garantias fundamentais, que não só permitem o desenvolvimento da sua personalidade, senão também a própria convivência com a autoridade do Estado (que é o titular do *ius puniendi*).

No âmbito punitivo, chama atenção um particular aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o da proibição da pena indigna, que também possui uma dupla dimensão: a) político – criminal e b) interpretativa e dogmática. Ou seja: o legislador, no momento da criminalização de uma conduta, não pode contemplar no texto legal pena indignas (penas ofensivas à dignidade da pessoa humana). O aplicador da lei tampouco pode delas fazer uso. A pena não pode ser degradante, humilhante ou vexatória (CF, Art. 5º, III).<sup>25</sup>

## 2.3 Princípio da Humanidade

A atual Constituição Federal brasileira consagra este princípio em diversas passagens e logo em seu primeiro artigo estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Mais à frente, assegura que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF/88), instituindo que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento, e cruéis (art. 5º, XLVII, CF/88).

<sup>24</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 97.

<sup>25</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais: volume 1** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 544.

Em se tratando de Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Humanidade, discute-se a perspectiva de refletir o Direito Penal por um olhar verdadeiramente humano, e nesse sentido, busca-se então compreender que a pena possui função ressocializadora e recondutora do apenado. Pelo viés humanitarista não se pode conceber um Direito Penal carrasco e “castigador” do apenado, almeja-se, em respeito aos princípios aqui citados, lutar por uma penalidade justa e capaz de dar ao apenado a possibilidade de se emendar, curar.<sup>26</sup>

## 2.4 Princípio da Proporcionalidade

A aceitação do princípio da proporcionalidade como pilar indispensável em uma sociedade na qual se tenha como propósito a dignidade da pessoa humana, só aconteceu em 1764, com a obra de Cesare Bonessana que afirmava, “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, *proporcionada ao delito* e determinada pela lei”.

Assim, compreendemos que tal princípio exige que haja um equilíbrio entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).

O princípio da proporcionalidade é um princípio implícito, que não se encontra expresso na Carta Magna, cuja atuação consiste em limitar a atuação do Poder Público frente aos direitos fundamentais do indivíduo. Como bem assinala Bitencourt, “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno”.<sup>27</sup>

Logo, aduz-se que a pena deve ter uma relação proporcional com o bem jurídico tutelado/lesionado no caso concreto, bem como deve haver proporcionalidade entre os fins que foram obtidos com a pena, e os fins que a *mens legis* pretendia.

## 2.5 Princípio da Pessoalidade da Pena

A Constituição, em seu artigo 5º, XLV consagrou o princípio da pessoalidade ao estabelecer que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

---

<sup>26</sup> CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. *A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito*. 31/10/2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>

<sup>27</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.24.

Este princípio pode aparecer com outras denominações como: “princípio da responsabilidade pessoal”, “princípio da personalidade da pena” ou “princípio da intranscendência da pena”.

O princípio expõe que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Na lição de Zaffaroni:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.<sup>28</sup>

Logo, exsurge todó o caráter pessoal que deve revestir aplicação da pena.

No que concerne à reparação do dano, mencionada no referente dispositivo legal, ressaltamos que aos sucessores cabem responder pelo próprio prejuízo que o ato causou, mas dentro dos limites do patrimônio herdado e gerado por força do ato delituoso.

Além do mais, não podemos confundir a determinação de reparação do dano com a pena pecuniária. Existe uma diferença entre a aplicação de perdimento de bens adquiridos de maneira lícita da ilícita. Esses, pelo próprio efeito da sentença condenatória, são perdidos em favor da União, diferentemente daqueles, que não perdem a tutela jurídica.

## 2.6 Princípio da Individualização da Pena

A Constituição, em seu art. 5º, XLVI, regula a individualização da pena e adota outros tipos de restrição da liberdade, como a perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de derecho penal- Parte general*, p. 138.

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 34.

A individualização da pena desenvolve-se em três momentos: o legislativo, o executório e o judicial. Na fase legislativa, ocorre a seleção, pelo legislador, das condutas positivas ou negativas que ferem os bens jurídicos mais importantes da sociedade. Uma vez feita essa seleção, o legislador fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa.

Com a prática da infração penal, o juiz analisa o fato concreto e todos os prismas e efeitos. O juiz fixará o *quantum* de punição. Para alcançar essa finalidade, terá de observar algumas circunstâncias objetivas e subjetivas, as quais seriam: a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, as circunstâncias e consequências do fato e do comportamento da vítima. Feito essas considerações, o juiz concretizará a segunda fase do processo de individualização da pena.<sup>30</sup>

Finalizando, também ocorre a individualização na fase da execução penal, conforme determina o art.5º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que assim decide: Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

---

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47-48.

## CAPÍTULO III

### TEORIAS SOBRE A FINALIDADE DA PENA

Desde o início da história do Direito Penal existem discussões acerca da finalidade da pena.

As ideias convergiram em basicamente duas teorias, as teorias absolutas, também chamadas de teorias da retribuição, que entende que a pena imposta ao indivíduo deve ser idêntica ao mal sofrido pela vítima, e as teorias relativas, que são divididas em dois grupos de doutrinas, as doutrinas de prevenção geral e as de prevenção especial ou individual.

O nosso Código Penal, em seu art. 59, estabelece que as penas devam ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Dessa forma, nossa legislação penal preceitua que a pena deve reprovar o mal produzido, através da resposta estatal ao indivíduo pelo delito cometido, bem como deve prevenir futuras infrações penais.

#### 3.1 Teorias Absolutas

Segundo Ferrajoli:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.<sup>31</sup>

Assim, de acordo com essa teoria, a pena tem como objeto a busca da justiça que deve ser realizada com uma espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado através da pena privativa de liberdade. Tal teoria tem como principais precursores, Kant com

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão- Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

a obra “A metafísica dos costumes” e Hegel com a obra denominada “Princípios da filosofia do Direito”.

Kant concebe a pena como um imperativo categórico<sup>32</sup>, sendo o castigo do indivíduo um fim em si mesmo. Segundo o pensador, a lei penal é um imperativo que deve ser respeitado. Desta forma, a pena jamais poderia ter a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, sob risco de tornar-se imoral. Já Hegel estrutura seu raciocínio tendo por ponto de partida a vontade racional do homem, entendendo que a pena, que é a razão do direito, anula o crime, que é a razão do delito, conferindo, à sanção, uma reparação de natureza jurídica.

Enfim, a pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer o delinquente como compensação ou expiação em razão do crime. Nesta medida, é uma doutrina totalmente contrária à ressocialização do criminoso. Em síntese, tal doutrina é despida de qualquer ação preventiva e, assim, sem qualquer anseio de controle e domínio da criminalidade.

### 3.2 Teorias Relativas

Para as teorias relativas, atualmente predominantes, a pena funda-se em um instrumento de prevenção à prática de novos delitos. Para os adeptos de tal ideia, a pena é um mal para quem a recebe e esse mal deve ser usado para atingir a finalidade de toda política criminal, qual seja, a prevenção ou profilaxia criminal.

Odete Maria de Oliveira disserta acerca da teoria relativista no sentido de que a pena deve ser aplicada por ser útil e necessária à segurança da sociedade e à defesa social. O delito já não é mais fundamento da pena, mas seu pressuposto. Não se castiga porque pecou, mas para que não peque. Explica, ainda, que a pena se impõe porque é eficaz e deve ser levada em conta pelos seus resultados prováveis e seus efeitos político-social utilitários<sup>33</sup>.

Na mesma linha de pensamento, o autor Cezar Roberto Bitencourt<sup>34</sup>, em sua obra “Falência da pena de prisão”, enfatiza o objetivo dessa teoria, qual seja, a inibição tanto quanto possível à prática de novos fatos delitivos, e não mais a ideia de que a pena serve simplesmente para realizar justiça como anteriormente visto na teoria absolutista.

---

<sup>32</sup> CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2003. p.117.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**, 1984, p.64.

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2007, p.90.

A teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção, que se biparte em prevenção geral e especial, as quais foram atribuídas a Feuerbach.

### 3.3 Prevenção Geral

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também como *prevenção por intimidação*, a pena aplicada ao autor da infração tende a refletir junto à sociedade, evitando-se assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal<sup>35</sup>.

Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que:

Para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social<sup>36</sup>.

#### 3.3.1 Prevenção Especial

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em dois sentidos. Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos junto à sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 490.

<sup>36</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**, p. 34.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal** – Parte general. t.l., p.85.

### **3.4 Teoria mista ou unificadora da pena**

Com o fito de se alcançar uma única e completa definição de finalidade da pena, surgiu a teoria mista, pautada pelos critérios da retribuição e da prevenção.

Adotada pelo nosso Código Penal, em seu art. 59, *caput*, a presente teoria conjuga a necessidade de reprovação e prevenção do crime, concedendo, assim, proteção à ordem jurídica, bem como a ressocialização do indivíduo preso.

A teoria mista faz uma composição entre justiça e utilidade, almejando sempre a justiça em prioridade. Destarte, o Brasil passa a reconhecer a necessidade de reabilitar e ressocializar o criminoso, não sendo suficiente a aplicação da pena unicamente em seu aspecto punitivo.

## CAPÍTULO IV

### A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A RESSOCIALIZAÇÃO

De acordo com o Ministério da Justiça, o sistema prisional brasileiro é o quarto do mundo em número de apenados. Em ordem crescente, os três primeiros pertencem aos seguintes países: Rússia, China e Estados Unidos<sup>38</sup>.

Além do grande número de presos, as condições de habitabilidade dos presídios são extremamente precárias, apresentando superlotação, privações materiais, violência e arbitrariedade<sup>39</sup>.

Para Adorno (2007, p.27), esse cenário brasileiro é agravado pela crise de segurança pública, que vem se arrastando há no mínimo três décadas, pois:

Os crimes cresceram e se tornaram mais violentos; a criminalidade organizada se disseminou pela sociedade alcançando atividades econômicas muito além dos tradicionais crimes contra o patrimônio, aumentando as taxas de homicídio, sobretudo entre adolescentes e jovens adultos, e desorganizando modos de vida social e padrões de sociabilidade inter e entre classes sociais.

Cesare Beccaria (1764, pág. 75) afirma que, a pena deverá ter um fim preventivo, sem caráter aflagante. O pressuposto da prevenção revela que seu pensamento coincide com os objetivos ressocializadores da pena.

Dando sequência aos ideais de Beccaria, John Howard inicia, na Inglaterra, por volta de 1773, um movimento de reforma das prisões inglesas, ao defender veemente a humanização dos estabelecimentos prisionais.

A partir das lições de Howard, Cezar Roberto Bitencourt (2001, pág. 39) conclui:

- 1º) Não há possibilidade de a prisão realizar um objetivo reabilitador ou ressocializador do delinquente;
- 2º) os esforços de Howard para reformar as prisões deram poucos resultados concretos, porque as condições estruturais não permitiam mudar a função meramente punitiva e de controle da prisão<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Dados disponíveis em: <http://www.depen.gov.br>. Acesso em: 02/02/2013.

<sup>39</sup> ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. **Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC**. Est. av. 2007, vol.21, n.61, p.27.

<sup>40</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39.

Nessa perspectiva, convém transcrever o que Foucault aduz: “a prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes solidários entre si, hierarquizados, prontos para cumplicidades futuras<sup>41</sup>”.

#### 4.1 A Função Estatal (vigiar, punir e educar)

Segundo a teoria eclética, adotada pelo Código Penal, a pena, conforme já exposto, possui as funções preventiva e retributiva.

O Estado detém o *jus puniendi*, ou seja, é o responsável pela resposta à prática delituosa do criminoso. Contudo, em consonância o Estado deve também vigiar, como também educar o delinquente.

A função estatal está ligada à idéia de prevenção. No exercício de suas funções, o Estado deve e tem o poder-dever de manter a ordem, atuando no prognóstico do crime.

No que concerne à função educativa, vemos que o Estado deve atuar no sentido de fornecer ao indivíduo valores social, servindo como instrumento de formação do reeducando, a fim de evitar novas práticas delitivas.

Logo, exsurge que as funções estatais se completam, uma vez que a perfeita execução de uma traz como inevitável consequência o efetivo cumprimento da pena.

#### 4.2 A Criminologia a Serviço da Comunidade

O crime é estudado diferentes maneiras. As formas mais relevantes são as direcionadas ao Direito Penal e às relacionadas à Criminologia. O estudo do Direito Penal em relação ao crime se limita a estudar o tipo penal incriminador disposto no Código Penal e as Legislações extravagantes. Contudo, a criminologia vai mais a fundo ao analisar a motivação do crime e a sua origem, levando em consideração as características psicológicas do criminoso.

Segundo Danielle Magnabosco (2003, p.01): “a Ciência Criminológica ou Penologia, é o estudo do fenômeno social, cuida do tratamento dos delinquentes, e o estudo da personalidade dos mesmos, sendo uma ciência causal-explicativa, inserindo-se entre as ciências humanas”.

---

<sup>41</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2004, p.222.

Essa ciência influi de forma significativa no diagnóstico da atual situação penitenciária no Brasil. Por este estudo é possível avaliar quais são as possíveis causas que levam o indivíduo à prática delitiva. E o que se percebe é que, como explica ainda Danielle (2003, p.01): “o problema da prisão tem sua raiz na estrutura econômica, política e social do país”.

Assim, a partir de um estudo sociológico em face da prática delitiva é de importância fundamental para a sociedade, pois com isso se obtém a realidade social do país, levando-se à descoberta de que a ação criminosa não está relacionada somente à individualidade do criminoso, mas também aos aspectos sociais do ambiente de convívio do mesmo.

### **4.3 O debate da ressocialização**

A ressocialização tem como objetivo a humanização do processo evolutivo pelo qual o criminoso deverá passar no cárcere. A pena de prisão assumiu uma nova finalidade, com um modelo que adota não o castigo, mas a reeducação do indivíduo dentro da prisão como forma de efetivar sua reintegração social, prevenindo a reincidência.

Num estado social o castigo deve ser útil para a pessoa que cometeu o crime, o mais humano em termos de tratamento, não podendo tapar os olhos para os efeitos nocivos da pena, caminhando contra o efeito repressivo, que prefere ignorar os reais efeitos da pena.

O modelo ressocializador propugna, portanto, pela neutralização, na medida do possível, dos efeitos nocivos inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial ao seu regime de cumprimento e de execução e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilita para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais (MOLINA, 1998, p.383).

Assim, o ideal ressocializador passa a ser visto como mera utopia, um engano, apenas discurso, ou simplesmente uma declaração ideológica. O descrédito em relação à ressocialização dá-se por que essa aparece apenas nas normatizações, deixando a desejar no que tange à prática aplicada nas instituições carcerárias. Nessas acontecem, de fato, abusos repressivos e violentos aos direitos dos presos, onde o acompanhamento social, psicológico e jurídico ainda é, geralmente, precário, insuficiente, obstruindo qualquer forma efetiva de ressocialização e reinserção do preso à sociedade.

Logo, para a Criminologia Crítica, qualquer mudança que se faça no âmbito das penitenciárias não surtirá grandes efeitos, visto que se mantendo a mesma estrutura do sistema, a prisão manterá sua função repressiva e estigmatizadora.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eis, portanto, um breve histórico da pena privativa de liberdade, sua fundamentação constitucional e sua justificação doutrinária. Passemos, pois, para uma análise crítica, a partir da aplicação de tais posicionamentos, ao atual sistema repressivo penal brasileiro.

Desnecessário se faz perquirir na atual conjuntura sobre o caráter retributivo da pena, já não estamos mais na Idade Média, não se podendo mais admitir que entre os fins da pena esteja o de se pagar um mal com outro mal, até porque que benefício este tipo de posicionamento pode trazer para o meio social. Para aqueles que insistem em achar que a vingança representada pela pena de prisão pode reforçar a crença no Direito, não podemos nos esquecer das consequências futuras que essa vingança pode vir a acarretar.

Quanto a prevenção geral, a única coisa de concreto que se pode admitir é que tal tipo de posicionamento está levando à combinação de penas cada vez mais severas, teoricamente mais intimidativas, como querem os partidários do "Movimento de Lei e Ordem" ferindo pois os princípios que norteiam a aplicação de tais medidas, principalmente o da proporcionalidade, criando um Direito Penal do terror.

A prevenção especial por sua vez pode ser contestada apenas com números: Em um sistema penitenciário onde cabem no máximo 60.000 presos, encontram-se hoje amontoados na mais completa promiscuidade 225.000, o que gera uma reincidência de aproximadamente 60%.

Diante do exposto, já não é pequeno o número de autores que se insurgiram no passado e insurgem no presente contra a pena privativa de liberdade e seus propalados fins. Há quem entenda que a pena exerce uma função meramente simbólica de manifestação do poder, já que apenas um pequeno número de pessoas que cometem crimes, os selecionados pelo sistema penal, acabam por sofrer tal tipo de sanção, e sua finalidade, embora não expressa, resume-se tão somente a manutenção deste poder.

Ademais com a aplicação da pena há o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil, profundo e desumano sofrimento da prisão daqueles que, selecionados, preferencial e necessariamente, entre os membros das classes subalternizadas, vão cumprir o papel de criminosos. Como consequência tais pessoas se tornam mais distantes e, portanto, mais desadaptadas ao convívio social, criando então uma verdadeira aptidão para

cometimento de novos delitos, pois passam elas próprias a se verem como criminosos. Logo a pena de prisão, sob esse enfoque, é um poderoso realimentador da criminalidade.

Em uma ótica garantista a pena de prisão, em razão das leis atuais draconianas que informam sua aplicação, por não atenderem aos fundamentos de validade substancial, não devem ser aplicadas, já que quando de sua elaboração, os princípios constitucionais que deveriam servir de fundamento para tal desiderato - humanidade, dignidade, proporcionalidade, etc. - não foram observados, carecendo então de suporte constitucional.

De todo o exposto resulta para nós dois caminhos a serem seguidos: Em primeiro lugar, o estímulo a soluções consensuadas, onde não há necessidade de aplicação de pena privativa de liberdade, sendo na maioria das vezes resolvido o conflito com a simples reparação do dano causado pelo delito, que entre outros benefícios resgata os fins buscados pela prevenção geral positiva - fortalecimento do sentimento jurídico da comunidade -, pela prevenção geral negativa - uma penalidade efetivamente cumprida, intimida a comunidade para que não cometa delitos -, assim como da prevenção especial - o caráter pedagógico da reparação do dano evita a dessocialização oriunda do cumprimento de pena privativa de liberdade.

Logo a situação de desequilíbrio nas relações sociais, representada pela ocorrência de uma infração penal, é satisfeita pela reparação civil, suprimindo nesses casos uma eventual necessidade de aplicação de pena privativa de liberdade;

Em segundo lugar, e somos conscientes disso, a pena de prisão ainda representa relevante papel no controle social, a sua aplicação, entretanto, fica estritamente condicionada aos crimes de maior gravidade e aos criminosos profissionais, com a única justificativa de incapacitação ou inocuização destes, a saber: segrega-se o criminoso para que pelo maior período de tempo possível ele não venha a causar danos no meio social, cientes de que tal medida dificilmente possa produzir algum benefício em relação ao mesmo.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo quando da aplicação da pena privativa de liberdade para criminosos habituais e violentos, esta deve ser orientada pelas garantias penais constitucionais asseguradas, já que nenhuma pena pode ser imposta pelo que se é, e sim pelo que se fez. Entre as exigências de realização do poder punitivo do Estado e o respeito às garantias do cidadão, é evidente que em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, são as garantias do cidadão que devem prevalecer.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANIBAL BRUNO, Apud. SHECAIRA, Sérgio Salomão. In **Teoria da Pena**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002 – p. 182.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (Tradução de Paulo M. Oliveira). São Paulo: Atena Editora. 1959.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 2006.

CANTO, Dilton Á. **Regime inicial de cumprimento de pena reclusiva ao reincidente**. 2000. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CARLOMAGNO, Fernando. **Princípio da legalidade ou da reserva legal**. 2008, Disponível em: <http://www.advogado.adv.br>.

CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. **A primazia ao princípio da humanidade no Direito Penal contemporâneo em respeito à tendência constitucionalizante do Direito**. 31/10/2006. Disponível em: <http://www.direito1et.com.br>

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão-** Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão** (Tradução de Raquel Ramallete). Petrópolis: Vozes, 2006.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 03 de novembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais: volume 1** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HERREIRA, Aparecida da Silva. **Nova defesa social**. Disponível em: <http://revistas.unipar.br>.

KLOCH, H.; MOTTA, I. D. da. **O Sistema Prisional e os Direitos da Personalidade do Apenado com fins de Res(socialização)**. Maringá: Verbo Jurídico, 2008.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crépulo de uma era**. Belo Horizonte, DelRey, 1998.

LINS e SILVA, Eduardo. **A história da pena é a história de sua abolição**. REVISTA CONSULEX – ANO V N° 104 – 15 de maio/2001. Brasília – DF.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**, 1984.

PACHECO, Eliana Descovi. **Evolução histórica do Direito Penal**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>.

SÁ, Geraldo Ribeiro de. **A PRISÃO DOS EXCLUÍDOS** – origens e reflexões sobre a pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Diadorin, 1996.